

**QUEBEC'S CONSTITUTIONAL VETO:
THE LEGAL AND HISTORICAL CONTEXT**

**Mollie Duns muir
Law and Government Division**

**Brian O'Neal
Political and Social Affairs Division**

May 1992



**Library of
Parliament
Bibliothèque
du Parlement**

**Research
Branch**

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

©Minister of Supply and Services Canada 1992
Available in Canada through
your local bookseller
or by mail from
Canada Communication Group -- Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

Catalogue No. YM32-2/295E
ISBN 0-660-14586-3

CE DOCUMENT EST AUSSI
PUBLIÉ EN FRANÇAIS

TABLE OF CONTENTS

	<u>Page</u>
OVERVIEW	1
THE SITUATION PRE-1980	2
THE VIEW OF THE COURTS	5
THE VIEW FROM INSIDE QUEBEC	7







CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

QUEBEC'S CONSTITUTIONAL VETO:
THE LEGAL AND HISTORICAL CONTEXT

OVERVIEW

Throughout the first half century of Confederation, the issue of a veto on constitutional amendments was a moot point because legal control over amendments to the *Constitution Act, 1867* lay with the Parliament of Great Britain. After 1926, however, the Balfour Declaration on the independence of the colonies and the subsequent *Statute of Westminster, 1931*, forced the issue of creating an internal Canadian amending formula.

Nonetheless, from 1926 to 1981, there was little discussion of a Quebec veto, especially outside that province. The reason was simple. Legally, or constitutionally, the best argument for a Quebec veto appeared to be based on the premise that the agreement of every province was necessary to "patriate" or significantly alter the Constitution. This changed dramatically after the Supreme Court of Canada decided in 1981 that only "a substantial degree of provincial consent" was necessary.⁽¹⁾

In 1982, both the Quebec Court of Appeal and the Supreme Court of Canada held that Quebec had neither a legal nor a conventional right of veto. They agreed that the only argument for such a veto was based on the principle of the duality of the two founding peoples; this principle was inconsistent with the fact that, legally speaking, all the provinces are equal.

The issue, therefore, became whether Quebec could rely on a political tradition of a right to veto, and cause the Constitution to be

(1) *Re: Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at 905.

amended to reflect it. This, in turn, brought up the issue of whether there should be an "opting out" veto or an absolute veto. The former would allow a province to "opt out" of an amendment with financial compensation, or to veto the application of a particular amendment within its provincial boundaries. The latter, more general, veto would allow a province to hold up an amendment of general application until specific demands, possibly unrelated to the amendment at issue, were met.

THE SITUATION PRE-1980

In the absence of a clearly stated amending formula in the *British North America Act*, the notion that major changes to the Constitution required unanimous consent from the provincial and federal governments increasingly became the accepted "political" formula for changing the Constitution. Therefore, the belief, widely held in Quebec, that the province's government, the only one in Canada elected by a francophone majority, had a special claim to a veto over constitutional change, was rarely, if ever, expressed.

After the 1926 Balfour Declaration⁽²⁾ raised the possibility of political and constitutional independence for the various British colonies, including Canada, a series of negotiations culminated in the *Statute of Westminster, 1931*. The Canadian provinces were concerned, however, that this new level of Canadian independence might in some way give the federal government the power of amending the Constitution without the consent of the provinces. Accordingly, a Dominion-Provincial Conference was called in April 1931 at which the Premier of Quebec expressed the following view:

Mr. Taschereau (Quebec) - While stressing the importance of the present conference, Mr. Taschereau was not clear as to what was desired by it. Do we wish the *British North America Act* to be amended at the request of the Dominion only, without the consent of

(2) The Balfour Declaration was adopted at the Imperial Conference, which met in London from 19 October to 23 November 1926. The Declaration was a resolution defining Britain and the self-governing Dominions as "autonomous communities within the British Empire, equal in status."



the Provinces? Do we wish it to be amended by the Parliament of Canada? Quebec could not accept either of these suggestions. She was not prepared to agree that the *British North America Act* might be amended without the consent of the Provinces. This, he felt, was implied in the preamble and also in Section 4 of the Statute where no reference whatever was made to the provinces. Without such reference, he felt that the view was sanctioned that the *British North America Act* could be changed at the request of and with the consent of the Dominion alone.

Public opinion in the Province of Quebec would not support this draft Statute in that it gave the Parliament of the Dominion the power to alter the *British North America Act* without the assent of, or even consultation with, the provinces. The *British North America Act*, it should be remembered, was a contract with the Provinces. The Statute of Westminster might be of far-reaching importance and unless there were included in it a provision that the Provinces must give their consent to amendment of the *British North America Act*, he could not accept it.(3)

Throughout various constitutional discussions over the next 30 years, the provinces continued to maintain that unanimous provincial consent was required to patriate the Constitution and implement an amending formula; no such unanimous consent was forthcoming. In 1964, however, all provinces for the first time approved in principle the proposed Fulton-Favreau amending formula. Although the formula was complex, it provided for unanimous provincial consent for certain classes of subjects, including the entire range of the distribution of powers. The Favreau White Paper of 1965, "The Amendment of the Constitution of Canada," which described and endorsed the Fulton-Favreau formula, also summarized the history of attempts to agree upon an amending formula to that date. It described four general principles that had emerged from previous events, the fourth of which stated:

the Canadian Parliament will not request an amendment directly affecting federal-provincial relationships without prior consultation and agreement with the provinces. This principle did not emerge as early as others but since 1907, and particularly since 1930, has gained increasing recognition and acceptance. The

(3) *Report of Dominion Provincial Conference, 1931*, p. 12.

nature and the degree of provincial participation, however, have not lent themselves to easy definition.(4)

Later in the White Paper, the Honourable Guy Favreau (then Minister of Justice) noted: "in fact, in the 97 years that have elapsed since Confederation, no amendment has altered the powers of provincial legislatures under section 92 of the *British North America Act* without the consent of all the provinces." (5) The Fulton-Favreau formula was put aside in 1966 when Premier Lesage of Quebec withdrew his support.

In 1971, the provinces again agreed upon a formula, known as the Victoria Charter, for repatriating and amending the Constitution. This formula would, for the first time, have allowed all parts of the Constitution to be amended without unanimous provincial consent. Moreover, it was based on a regional formula, with vetoes for any province having, or having ever had, 25% of the population (Ontario and Quebec), and varying combinations of two eastern and two western provinces.

The new unanimity did not last long. Provinces were supposed to confirm their acceptance of the Charter by 28 June 1971. On 23 June 1971, the Government of Saskatchewan was defeated at an election, and the Government of Quebec indicated that it could not recommend the Charter to the Quebec National Assembly because of deficiencies in the clauses dealing with income security. By the time the federal government initiated the next round of constitutional proposals in 1978, two premiers had questioned the population qualification stipulated for the concurrence of Western Canada (two provinces having 50% of the population of the region); as well, Premier Bennett wanted British Columbia to be treated as a region entitled to a veto in its own right; and Premier Lougheed expressed a personal desire to return to the "unanimous consent" provisions put forth in the Fulton-Favreau formula.

(4) Hon. Guy Favreau, "The Amendment of the Constitution of Canada," White Paper, Department of Justice, Ottawa, 1965, p. 15.

(5) *Ibid.*, p. 46-7.



THE VIEW OF THE COURTS

In November 1981, the federal government and nine provinces agreed on the conditions for patriating the Constitution with an amending formula and a charter of rights. Quebec, however, objected strenuously.

The National Assembly passed a motion on 1 December 1981 that the province would agree to the *Constitution Act, 1982*, only on certain conditions. The Act would have to recognize the principle of equality of the founding peoples and the distinct character of Quebec, and include a veto or general opting-out right with full financial compensation, an exemption for Quebec from the provisions of section 23, and an abrogation of the Charter's mobility rights.

Quebec also initiated a court action, asking for recognition of its right of veto. In *Re: Objection to a Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, the Supreme Court of Canada summarized the two submissions of the Attorney-General of Quebec: the first claimed a conventional rule of unanimity and the second a conventional power of veto for Quebec based on the principle of duality, which has made Quebec a distinct society. The Supreme Court held that it had already clearly rejected a conventional rule of unanimity in the 1981 *Patriation Case*.

As for a specifically Quebec veto, the Supreme Court referred to its decision in 1981, wherein it adopted the following test for the existence of a constitutional convention:

We have to ask ourselves three questions: first, what are the precedents; secondly, did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule; and thirdly, is there a reason for the rule? A single precedent with a good reason may be enough to establish the rule. A whole string of precedents without such a reason will be of no avail, unless it is perfectly certain that the persons concerned regarded themselves as bound by it.

The main purpose of constitution conventions is to ensure that the legal framework of the constitutions will be operated in accordance with generally accepted principles. It should be borne in mind, however, that conventional rules, although quite distinct from legal ones, are nevertheless to be distinguished from rules of morality, rules of expediency and subjective rules. (p. 802-803)



The Supreme Court concluded that counsel for Quebec had not asserted a single statement made by any representative of the federal authorities recognizing either explicitly or by necessary implication that Quebec had a conventional power of veto over certain types of constitutional amendments:

...Furthermore, a convention such as the one now asserted by Quebec would have to be recognized by other provinces. We have not been referred to and we are not aware of any statement by the actors in any of the other provinces acknowledging such a convention.
(p. 815)

This followed closely the conclusion of the Quebec Court of Appeal in the same case (134 D.L.R. (3d) 719):

It is recognized that certain provinces are superior to others in land surface, population and resources, but legally speaking they are all on the same footing. Sections 91 and 92 of the *British North America Act, 1867* give the smaller provinces the same powers as the bigger provinces. The *British North America Act, 1867* recognizes, however, that Quebec is the only province whose civil law is based on that of France and where the majority of the population was and still is different from the majority of the other provinces with respect to language and religion. The distinctions made in law do not, however, confer upon the Quebec Legislature more extensive power than are conferred on the other legislatures. (p. 727)

These two Supreme Court of Canada decisions -- the *Patriation Case*, 1981, recognizing the convention that there need be only substantial provincial consent to amend the Constitution, and the *Quebec Veto Case*, 1982, rejecting Quebec's argument that it had a unique conventional right of veto -- are the legal conclusion to the discussion on the amending formula which began with the Balfour declaration. Although debate will continue as to whether Quebec has a political or historical right to a veto, whether any such right should be included in the Constitution, and in what form, the courts have clearly recognized the legal principle of provincial equality until further constitutional changes are implemented.



THE VIEW FROM INSIDE QUEBEC

Regardless of the court decisions, however, Quebec's claim to a constitutional veto has always been implicitly maintained within the province by both the political structures and academic commentary. Only after the enactment of the *Constitution Act, 1982*, which did not provide a veto for Quebec, did the demand for such a veto, or its restoration, become explicit. Although there have been disagreements, often influenced by purely political considerations, over the form this veto should take, the claim for a Quebec veto and the set of justifications upon which this claim rests are almost unanimously subscribed to within the province. The idea that the province's government should be able to exercise a constitutional veto is firmly rooted in Quebec's own interpretation of the structure of Confederation itself; however, this interpretation is generally at odds with that of the rest of the country. In essence, the view inside Quebec has always been that Confederation was both an arrangement between the original four provinces and, more significantly, a pact between the two founding peoples. The pervasiveness of the "two founding nations" concept is illustrated by a statement of former Prime Minister Pierre Trudeau in 1967:

...the Act of 1867 was a law of the Imperial Parliament, but a law based on an agreement between [the two] federating parties ["deux parties qui se fédéraient"] and consequently a law which can best be understood and interpreted (and eventually amended) by referring to the spirit of that agreement. (6)

Quebec provincial governments, particularly in the post-war period, have added to this interpretation the argument that Quebec, the only political entity in Canada with a majority francophone population, is the "cornerstone" of French Canada. If Confederation is a pact between two peoples, it follows that the pact should be altered only by mutual consent. The consent of Quebec, the voice of one of the two founding

(6) Pierre Elliott Trudeau, *Federalism and the French Canadians*, Macmillan of Canada, Toronto, 1968, p. 132.

peoples, is a necessary condition for constitutional amendment, according to this view.

During the early post-war period, however, the question of an amending formula or a veto for Quebec was not pressing. As long as unanimous consent remained the accepted precondition for constitutional change, there was no need to argue in favour of a veto for Quebec based on its special role within Confederation. As Senator Gérald Beaudoin indicated in 1979:

After 1964, it seems that Quebec, sure of being able to protect what it already had, was hoping to gain more from the separation of powers and was thus putting on one side the question of the amending formula and was concentrating instead on a renewed division of powers. All the governments of Quebec after that of Jean Lesage followed suit. In Victoria, in 1971, the amending formula was not at the forefront of the discussions.(7) [unofficial translation]

Even though Quebec continued to subscribe to the more general theory that the consent of all provinces was required for patriation and a new amending formula, successive Quebec governments moved steadily towards the formal position that Quebec had a special status within Confederation, including a unique claim on a constitutional veto.

In 1939, the government of Maurice Duplessis maintained that "the federal pact by participating in the nature of conventions, can neither be amended nor modified without the agreement of all the parties, i.e., of all the provinces." In 1944, the second Duplessis government reiterated the "compact theory" that the Constitution could not be amended without the consent of all contracting parties, "or at least without the consent of the four pioneer provinces."(8)

By the early 1960s, however, the Lesage government, while still affirming the need for provincial participation generally, was

(7) Gérald Beaudoin, *Essai sur la Constitution*, Ottawa, 1979, p. 356-357.

(8) "Quebec's Traditional Constitutional Positions, 1936-1990: Working Paper," Secrétariat aux Affaires intergouvernementales canadiennes, Direction des Politiques institutionnelles et constitutionnelles, Ministère du Conseil exécutif, November 1991, p. 3, 7.

speaking of a Quebec veto that appeared different in nature from the general provincial veto:

To defend its particular status, Quebec must have a veto over any important constitutional change that could threaten its powers ... Quebec fears that the Fulton-Favreau formula would authorize any province to prevent an increase in the powers of another province. It goes without saying that should this interpretation prevail, it could become very difficult for our constitutional system to evolve as Quebec would like. (9)

The fact that Quebec was able to block important attempts to change the Constitution (as in 1965 when Premier Lesage vetoed the Fulton-Favreau amending formula, and in 1971 when Premier Bourassa refused to agree to the Victoria Charter) was subsequently interpreted within Quebec as a confirmation of the existence of that province's constitutional veto.

The situation changed dramatically, however, in the aftermath of the 1980 referendum in Quebec. When the federal government moved unilaterally to repatriate the Constitution, the recently re-elected Parti Québécois government of Quebec sought to block the move by joining an alliance of seven other provinces. In joining this common front of provincial governments, Quebec endorsed an amending formula that, rather than stipulating unanimity, included a provision for opting out from changes made to the Constitution with reasonable compensation. When Ottawa and the dissenting provinces subsequently reached a compromise on patriation that allowed for opting-out, but which had much narrower provisions for compensation, Quebec declined to participate.

Thus, the notion that Quebec exercised a constitutional veto based on its unique position in Confederation received a shock. The Constitution was patriated in an amended form over the objections of Quebec, and did not accord the province a veto over future constitutional change. It was only after this presumed right of veto had been swept aside in the process of achieving the *Constitution Act, 1982* and failed to be

(9) *Ibid.*, p. 13-14.

mentioned in the final document, that some in the province began to demand what they referred to as Quebec's historic right to veto.

In his memoirs, René Levesque explains why he had agreed to accept "opting out with compensation" instead of the more traditional veto:

But Quebec would be deprived of its right of veto.* I should perhaps admit that this old obsession has never turned me on. A veto can be an obstacle to development as much as an instrument of defence. If Quebec had it, Ontario and perhaps other provinces would surely ask for it, too. And, as in Victoria in 1971, it would be possible to block change and in protecting oneself paralyse others, leaving everyone way ahead ... or behind.

On the other hand, the right to opt out, which we had learned to use in the sixties - the best example being the creation of the Caisse de dépôt - is in my view a much superior weapon, at one and the same time more flexible and more dynamic. You wish to take this or that path we are not ready to follow? Very well, my friends, go ahead. But without us. From stage to stage, I repeat, we could create something very like a country in that fashion.

-
- * On this subject, as everyone remembers, the Supreme Court ruled in December 1982 that, in its opinion, the right of veto did not exist and had never been more than a fiction. But no matter how hard one might try to revive it politically, I can't see the Anglophone provinces, and even less the federal government, renouncing this judgement, which is right down their alley. At all events, going down this path does not appear to me to be the most promising direction for our political future. (10)

Quebec's initial willingness to drop unanimity, and accept an amending formula that would have allowed dissenting provinces to opt out with compensation, provoked some argument in the province. During the 1985 provincial election campaign, the Liberal Party accused the Parti Québécois of having abandoned Quebec's traditional demand for a constitutional veto. Gil Rémillard, now Quebec's Minister responsible for Canadian Intergovernmental Affairs, suggested that by having agreed to the first amending

(10) René Levesque, *Memoirs*, Editions Québec/Amérique, Montreal, 1985, p. 325-6.



formula proposed by the other seven provinces in 1981, Quebec had signed a document which would have had:

...grave implications, because it stated that all the provinces are equal. This was equivalent to saying that Quebec had given up the right to veto which, until then, it had always claimed. Moreover, Quebec's signature implied that the government of that province was, at least in the formal sense, renouncing its distinctness...(11) [unofficial translation]

In its campaign, the Liberal Party promised that it would fight to restore this lost "veto right." The claim that the PQ had jettisoned this right to veto continues to be a favoured weapon in the Quebec Liberal Party's arsenal and both Gil Rémillard and Premier Bourassa seldom pass up the opportunity to make use of it. The Party's 1985 policy statement, *Mastering Our Future*, declared that a veto on constitutional matters was "a right which Quebec has exercised in the past." In the strictest terms, this is true; however, Quebec had only exercised this right within the context of the need for unanimity among all the provinces. Writing at about the same time, Gil Rémillard stated that, although it was not recognized in the Constitution, Quebec had held a veto that existed within a political dimension. "Quebec's right to veto has never existed constitutionally. What did exist before patriation, however, was a political pressure that obliged Ottawa and the other provinces to respect Quebec's point of view" (unofficial translation).(12)

Claude Morin, Premier Lévesque's principal constitutional adviser at the time the decision to join the common front with the other provinces was made in April 1981, makes the opposite case. Morin's argument, which highlights the difference between the "opting out" veto and the absolute veto, questions the utility of the constitutional veto, which Quebec has traditionally claimed. He claims that the absolute veto, which

(11) Gil Rémillard, *Le fédéralisme canadien*, Tome II: *Le repatriement de la constitution?*, Montreal, 1985, p. 128.

(12) *Ibid.*, p. 431.

is negative in the sense that it provides its user with the power to prevent constitutional change, is more a political symbol surrounded by unquestioned verities than a truly effective guarantee of Quebec's rights. Furthermore, he argues that to use such a veto can incur a heavy penalty. For example, the other provinces might perceive Quebec as standing in the way of desired constitutional adjustments and take retaliatory measures. Thus, the veto would tend to be applied only when major amendments were being proposed. Smaller changes with equally adverse implications for Quebec's interests might slip through, because blocking them would not seem to be worth the costs involved. It is from this perspective that Morin advocates the more positive opting-out approach which would allow a province such as Quebec to exempt itself from certain constitutional changes and to receive compensation, while the other provinces could proceed.

The present Bourassa government, prior to the failure of the Meech Lake Accord, had taken a two-pronged approach to a Quebec veto. It had argued both that Quebec should be given the constitutional right to block changes to federal institutions and the creation of new provinces, and that there should also be financial compensation for opting out. Although a Bourassa government might be satisfied with just the right to opt out with compensation, the demand for a more universal veto is probably too politically attractive to be dispensed with. As the party argued in its 1985 policy statement entitled *Mastering Our Future*, "...a universal Quebec veto on all matters of a constitutional nature ... offers the most advantages. It is a much better reflection of Quebec's history, and corresponds more closely to our vision of federalism." (13)

Overall, it is safe to conclude that, regardless of political divergences over the form that a constitutional veto for Quebec should take, there is a strong consensus in that province that: 1) Quebec has a right to a constitutional veto; 2) Quebec has historically and consistently claimed such a veto; and 3) Quebec's right to a veto is based on its special role within Confederation as the representative of one of two founding peoples.

(13) Liberal Party of Quebec, *Mastering Our Future*, Montreal, 1985, p. 55.



**LE DROIT DE VETO DU QUÉBEC
EN MATIÈRE CONSTITUTIONNELLE:
LE CONTEXTE JURIDIQUE ET HISTORIQUE**

Mollie Dunsuir
Division du droit et du gouvernement

Brian O'Neal
Division des affaires politiques et sociales

Mai 1992



Bibliothèque
du Parlement
Library of
Parliament

**Service de
recherche**

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

©Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1992

En vente au Canada chez
votre libraire local
ou par la poste auprès du
Groupe Communication Canada -- Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

N° de catalogue YM32-2/295F
ISBN 0-660-93851-0

THIS DOCUMENT IS ALSO
PUBLISHED IN ENGLISH

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
APERÇU	1
LA SITUATION AVANT 1980	2
L'OPINION DES TRIBUNAUX	5
L'OPINION DU QUÉBEC	7







CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LE DROIT DE VETO DU QUÉBEC EN MATIÈRE CONSTITUTIONNELLE:
LE CONTEXTE JURIDIQUE ET HISTORIQUE

APERÇU GÉNÉRAL

Au cours du premier demi-siècle de la Confédération, le droit de veto en matière de modification constitutionnelle était une question qui ne présentait aucun intérêt puisque le Parlement britannique conservait le pouvoir de modifier la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, la Déclaration Balfour de 1926 sur l'indépendance des colonies et l'adoption, en 1931, du *Statut de Westminster* ont rendu nécessaire l'adoption d'une formule de modification proprement canadienne.

Néanmoins, de 1926 à 1981, le droit de veto du Québec n'a pas fait l'objet de grands débats, surtout à l'extérieur de la province. La raison en est simple. Du point de vue juridique ou constitutionnel, le meilleur argument en faveur d'un droit de veto pour le Québec semblait reposer essentiellement sur la nécessité que chaque province soit d'accord pour "rapatrier" ou modifier sensiblement la Constitution. Cette situation a toutefois changé du tout au tout en 1981 lorsque la Cour suprême a estimé qu'il suffisait d'"un degré appréciable de consentement provincial"⁽¹⁾.

En 1982, tant la Cour d'appel du Québec que la Cour suprême du Canada ont jugé que le Québec ne possédait pas de droit de veto, ni sur le plan juridique ni au sens conventionnel. Selon elles, le seul argument en faveur d'un droit de veto pour le Québec repose sur le principe de la dualité des deux peuples fondateurs, lequel vient en contradiction avec le fait que, en droit, toutes les provinces sont égales.

(1) Renvoi: *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 905.

À partir de ce moment-là, la question était donc de déterminer si le Québec pouvait invoquer une tradition politique de droit de veto pour faire modifier la Constitution de manière à ce qu'elle lui reconnaisse un tel droit. Cette question en soulevait immédiatement une autre, soit celle de savoir si un éventuel droit de veto était un simple "droit de retrait" ou un droit de veto absolu. Un droit de retrait permettrait à une province de se soustraire à une modification avec compensation financière ou d'empêcher la mise en application d'une modification particulière à l'intérieur de ses frontières. Quant au droit de veto proprement dit, il permettrait à une province de se soustraire à une modification d'ordre général tant qu'elle n'aurait pas obtenu satisfaction à l'égard de certaines exigences qui pourraient n'avoir aucun lien avec la modification en cause.

LA SITUATION AVANT 1980

Puisque l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ne renfermait pas de formule de modification claire et nette, l'idée selon laquelle il fallait obtenir le consentement unanime des gouvernements provinciaux et fédéral pour apporter des changements majeurs à la Constitution devint la formule "politique" acceptée de modification de la Constitution. Ainsi, la conviction répandue au Québec, selon laquelle le gouvernement de la province, le seul au Canada qui soit élu par une majorité francophone, possédait un droit de veto particulier en matière de changement constitutionnel n'a été que rarement, sinon jamais exprimée.

Après que la Déclaration Balfour de 1926⁽²⁾ eut soulevé la possibilité de l'indépendance politique et constitutionnelle des colonies britanniques dont le Canada, des négociations se sont poursuivies et on a mené à l'adoption, en 1931, du *Statut de Westminster*. Toutefois, les

(2) La Déclaration Balfour a été adoptée à la Conférence impériale tenue à Londres du 19 octobre au 23 novembre 1926. Elle comportait une résolution qui définissait la Grande-Bretagne et les pays membres du Dominion en tant que "communautés autonomes ayant un statut égal au sein de l'Empire britannique".



provinces canadiennes se sont inquiétées de la possibilité que ce nouveau degré d'indépendance donne en quelque sorte au gouvernement fédéral le pouvoir de modifier la Constitution sans leur consentement. Une conférence du Dominion et des provinces a donc été convoquée en avril 1931, et le premier ministre du Québec y a alors adopté la position suivante:

M. Taschereau (Québec) - Tout en soulignant l'importance de la présente conférence, M. Taschereau s'interroge sur ses objectifs. Souhaite-t-on pouvoir modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique à la seule demande du Dominion, sans le consentement des provinces? Veut-on qu'il soit modifié par le Parlement du Canada? La province de Québec ne pourrait accepter aucune de ces solutions. Elle n'est pas disposée à accepter que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique puisse être modifié sans le consentement des provinces. À son avis, cette possibilité est implicite dans le préambule de la loi de même qu'à l'article 4 où aucune mention n'est faite des provinces. Cette absence sanctionne, à ses yeux, l'idée que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique peut être modifié à la seule demande du Dominion et de son seul consentement.

Dans la province de Québec, l'opinion publique ne soutiendrait pas ce projet de loi parce qu'il accorde au Parlement du Dominion le pouvoir de modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique sans l'assentiment des provinces, voire sans les avoir consultées. Il faut se rappeler que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique est un contrat qui a été conclu avec les provinces. Étant donné l'importance que pourrait revêtir le Statut de Westminster, il ne peut accepter ce dernier à moins qu'il soit prévu dans une disposition que les provinces doivent donner leur consentement pour que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique puisse être modifié(3).

Au cours des 30 années suivantes, les provinces ont continué à soutenir, lors des discussions constitutionnelles, qu'elles devaient donner leur assentiment unanime pour rapatrier la Constitution ou adopter une formule de modification; or, il n'y avait pas d'unanimité en vue. Toutefois, en 1964, les provinces ont adopté enfin en principe la formule d'amendement Fulton-Favreau qui leur était proposée; c'était la première fois qu'une telle situation se produisait. Quoique complexe,

(3) Rapport de la Conférence du Dominion et des provinces, 1931, p. 12 (traduction).

cette formule prévoyait le consentement unanime des provinces dans certains domaines, notamment en ce qui concerne toute la question du partage des pouvoirs. Dans son Livre blanc de 1965, intitulé "Modification de la Constitution du Canada", Guy Favreau exposait et appuyait la formule Fulton-Favreau et résumait aussi les tentatives faites jusque-là pour en arriver à une entente sur une formule de modification. Il y énonçait les quatre principes généraux que les événements antérieurs avaient fait ressortir, dont le quatrième se lit comme suit:

le Parlement du Canada ne procède pas à une modification de la Constitution intéressant directement les rapports fédératifs sans avoir au préalable consulté les provinces et obtenu leur assentiment. Ce principe ne s'est pas concrétisé aussi tôt que les autres, mais, à partir de 1907 et en particulier depuis 1930, il a été de plus en plus affirmé et accepté. Il n'a pas été facile, cependant, de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale à la procédure de modification⁽⁴⁾.

Dans ce Livre blanc, l'honorable Guy Favreau, qui était alors ministre de la Justice, exprime un peu plus loin l'opinion suivante: "En fait, au cours des 97 années qui se sont écoulées depuis la Confédération, aucune modification de nature à changer les pouvoirs des législatures provinciales prévus à l'article 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique n'a été effectuée sans le consentement de toutes les provinces"⁽⁵⁾. La formule Fulton-Favreau a été abandonnée en 1966 lorsque le premier ministre du Québec, Jean Lesage, lui a retiré son appui.

En 1971, les provinces se sont entendues sur une nouvelle formule, dite Charte de Victoria, en vue de rapatrier et de modifier la Constitution. Ainsi, pour la première fois, toute partie de la Constitution aurait pu être modifiée sans l'accord unanime des provinces. La formule comportait en outre une répartition régionale qui accordait le droit de veto à toute province représentant ou ayant représenté 25 p. 100 de la population (l'Ontario et le Québec), et à diverses combinaisons de deux provinces de l'Est et de deux provinces de l'Ouest.

(4) L'hon. Guy Favreau, "Modification de la Constitution du Canada", Livre blanc, ministère de la Justice, Ottawa, 1965, p. 16.

(5) *Ibid.*, p. 48.



La nouvelle unanimité fut de courte durée. Les provinces avaient jusqu'au 28 juin 1971 pour confirmer leur acceptation de la Charte. Le 23 juin 1971, le gouvernement de la Saskatchewan fut défait aux élections et le gouvernement du Québec annonça qu'il ne pouvait recommander la charte à l'Assemblée nationale en raison des lacunes qu'elle présentait dans les articles traitant de la sécurité du revenu. Au moment où le gouvernement fédéral a entrepris une nouvelle ronde de négociations constitutionnelles, en 1978, deux premiers ministres provinciaux avaient déjà remis en cause les conditions relatives à la population, prévues pour que l'Ouest donne son accord (deux provinces représentant 50 p. 100 de la population de la région): le premier ministre Bennett réclamait qu'en matière de droit de veto, la Colombie-Britannique soit traitée comme région à part entière et premier ministre Lougheed indiquait qu'il souhaitait personnellement un retour au "consentement unanime" prévu dans la formule Fulton-Favreau.

L'OPINION DES TRIBUNAUX

En novembre 1981, le gouvernement fédéral et neuf provinces se sont entendues sur les conditions de rapatriement de la Constitution, une formule de modification et une charte des droits. Le Québec, par contre, s'y est opposé vigoureusement.

Le 1^{er} décembre 1981, l'Assemblée nationale a adopté une résolution dans laquelle il était indiqué que la province n'accepterait la *Loi constitutionnelle de 1982* qu'à certaines conditions. La Loi devrait reconnaître le principe de l'égalité des deux peuples fondateurs ainsi que le caractère distinct du Québec, et elle devrait prévoir un droit de veto ou un droit de retrait général assorti d'une pleine compensation financière, soustraire le Québec aux dispositions de l'article 23 et abroger les dispositions de la Charte touchant la liberté de circulation et d'établissement.

Le Québec a aussi intenté une action en justice en vue d'établir son droit de veto. Dans le *Renvoi: Opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, la Cour



suprême du Canada a résumé ainsi les deux renvois du procureur général du Québec: le premier affirmait une règle conventionnelle d'unanimité et le second, un droit de veto conventionnel pour le Québec, fondé sur le principe de la dualité qui a fait du Québec une société distincte. La Cour suprême a indiqué qu'elle avait nettement rejeté l'existence d'une règle conventionnelle d'unanimité dans sa décision de 1981 concernant le rapatriement.

Quant à l'existence d'un droit de veto particulier pour le Québec, la Cour suprême s'est reportée à sa décision de 1981, dans laquelle elle avait adopté le critère suivant pour établir l'existence d'une convention constitutionnelle:

[TRADUCTION] Nous devons nous poser trois questions: premièrement, y a-t-il des précédents; deuxièmement, les acteurs dans les précédents se croyaient-ils liés par une règle; et troisièmement, la règle a-t-elle une raison d'être? Un seul précédent avec une bonne raison peut suffire à établir la règle. Toute une série de précédents sans raison peut ne servir à rien à moins qu'il ne soit parfaitement certain que les personnes visées se considèrent ainsi liées.

Les conventions constitutionnelles ont principalement pour but de garantir que le fonctionnement du cadre juridique de la Constitution est conforme à des principes généralement acceptés. On doit se rappeler toutefois que même si les règles conventionnelles diffèrent sensiblement des règles juridiques, il faut néanmoins les distinguer des règles de moralité, des règles de convenance et des règles subjectives.
(p. 802-803)

La Cour suprême a conclu que le procureur du Québec n'avait pas invoqué une seule déclaration dans laquelle un représentant des autorités fédérales aurait reconnu, de manière explicite ou implicite, que le Québec possédait un droit de veto conventionnel à l'égard de certaines modifications constitutionnelles:

En outre, une convention comme celle que revendique maintenant le Québec devrait être reconnue par les autres provinces. On ne nous a mentionné aucune déclaration dans laquelle les acteurs des autres



provinces reconnaissent l'existence d'une telle convention et nous n'en connaissons aucune. (p. 815)

Cette décision suivait de près la conclusion de la Cour d'appel du Québec dans la même affaire (R.J.Q. [1982] C.A.):

Il est reconnu que certaines provinces sont supérieures à d'autres en superficie, population et richesses, mais légalement parlant elles ont toutes été placées sur un même pied. Les articles 91 et 92 de l'A.A.N.B. donnent aux plus petites des provinces les mêmes pouvoirs qu'aux plus grandes. L'A.A.N.B. reconnaît cependant que le Québec est la seule province dont le droit civil est fondé sur celui de la France et où la majorité de la population était et est encore différente de la majorité des autres provinces quant à la langue et à la religion. Ces distinctions qui sont faites dans la loi ne confèrent cependant pas à la législature du Québec des pouvoirs plus étendus que ceux qui sont conférés aux autres. (p. 38)

Ces deux décisions de la Cour suprême du Canada -- dans l'affaire du rapatriement, de 1981, où elle a établi qu'un degré appréciable de consentement suffit pour modifier la Constitution, et dans l'affaire du droit de veto du Québec, en 1982, où elle a rejeté la prétention du Québec à posséder un droit de veto conventionnel à caractère unique -- marquent, en droit, le point final à la discussion sur la formule de modification qui avait débuté avec la Déclaration Balfour. Bien que le débat se poursuivra quant à savoir si le Québec possède un droit de veto politique ou historique et si ce droit peut être inscrit dans la Constitution et sous quelle forme, les tribunaux ont nettement établi le principe juridique de l'égalité des provinces d'ici à ce qu'on apporte de nouvelles modifications constitutionnelles.

L'OPINION DU QUÉBEC

Quelles que soient les décisions rendues par les tribunaux, tant les membres de la classe politique que ceux des milieux universitaires du Québec n'en ont pas moins continué de revendiquer implicitement un droit de veto en matière constitutionnelle. C'est seulement après l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui ne prévoyait pas de droit de veto pour



le Québec que celui-ci a commencé à revendiquer explicitement ce droit ou son rétablissement. Malgré des désaccords sur la forme que devrait prendre ce droit, lesquels sont souvent inspirés par des considérations d'ordre purement politique, il règne une unanimité à peu près complète au Québec sur la revendication du droit de veto du Québec et sur l'ensemble des raisons qui justifient cette revendication. L'idée selon laquelle le gouvernement de la province devrait pouvoir exercer un droit de veto en matière constitutionnelle est fermement enracinée dans l'interprétation que le Québec se fait de la structure de la Confédération; de façon générale, toutefois, cette interprétation diverge radicalement de celle du reste du Canada. Essentiellement, on a toujours estimé au Québec que la Confédération était à la fois une entente conclue entre les quatre provinces initiales et, ce qui est encore plus significatif, un pacte entre les deux peuples fondateurs. Les propos suivants que tenait l'ancien premier ministre du Canada, Pierre Trudeau, en 1967, montrent à quel point la notion des "deux peuples fondateurs" est répandue:

[...] l'Acte de 1867 fut une loi du Parlement impérial, mais une loi fondée sur l'accord de deux parties qui se fédéraient et donc une loi qu'on ne saurait bien comprendre et interpréter (et par la suite amender) qu'en tenant compte de l'esprit de cet accord⁽⁶⁾.

Les gouvernements québécois, surtout depuis la Seconde Guerre mondiale, ont renforcé cette interprétation par l'argument selon lequel le Québec, seule entité politique du Canada où la majorité de la population est francophone, constitue la "pierre d'angle" du Canada français. S'il est vrai que la Confédération est un pacte entre deux peuples, il s'ensuit que le consentement mutuel est essentiel pour le modifier. Par conséquent, toute modification constitutionnelle ne peut se faire sans le consentement du Québec, porte-parole de l'un des deux peuples fondateurs.

Au tout début de l'après-guerre, la question d'une formule de modification ou d'un droit de veto pour le Québec n'avait toutefois pas de caractère urgent. Tant que le consentement unanime demeurait la condition préalable à tout changement constitutionnel, il était inutile de

(6) Pierre Elliott Trudeau, *Le Fédéralisme et la société canadienne-française*, Montréal, Les Éditions HMH, 1967, p. 139.



revendiquer pour le Québec un droit de veto fondé sur son rôle particulier au sein de la Confédération. Ainsi que le sénateur Gérard Beaudoin le disait en 1979:

[d]ès les années 1964, on sentit que le Québec, sûr de pouvoir protéger au moins l'acquis, espérait obtenir davantage au chapitre du partage des pouvoirs et repoussait déjà la formule d'amendement à l'arrière plan derrière la révision du partage des pouvoirs. Tous les gouvernements du Québec depuis celui de Jean Lesage ont emboîté le pas. À Victoria, en 1971, la formule d'amendement n'eut pas la vedette(7).

Même si le Québec a continué à épouser la théorie générale selon laquelle il faut le consentement de toutes les provinces pour rapatrier la Constitution et adopter une formule de modification, ses gouvernements successifs ont adopté peu à peu la position officielle suivante: le Québec jouit d'un statut particulier au sein de la Confédération et possède en propre un droit de veto en matière constitutionnelle.

En 1939, le gouvernement de Maurice Duplessis soutenait que "participant de la nature des conventions, le pacte fédératif ne peut être ni amendé, ni modifié, sans l'essentiment de toutes les parties, c'est-à-dire de toutes les provinces". En 1944, le second gouvernement de Duplessis reprenait la théorie du "pacte d'union" en vertu de laquelle il est interdit de modifier la Constitution sans le consentement de toutes les parties contractantes, "ou du moins sans le consentement des quatre provinces pionnières"(8).

Au début des années 60, tout en continuant d'affirmer la nécessaire participation de l'ensemble des provinces, le gouvernement

(7) Gérard Beaudoin, *Essai sur la Constitution*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1979, p. 356-357.

(8) "Les positions traditionnelles du Québec en matière constitutionnelle, 1936-1990, Document de travail", Secrétariat aux Affaires intergouvernementales canadiennes, Direction des politiques institutionnelles et constitutionnelles, Ministère du Conseil exécutif, novembre 1991, p. 3, 7.

Lesage a commencé toutefois à parler pour le Québec d'un droit de veto qui semble différer du droit de veto général des provinces:

Pour défendre son particularisme propre, le Québec doit avoir un droit de veto sur tout changement constitutionnel important qui peut porter atteinte à ses pouvoirs. [...] Le Québec craint que la formule Fulton-Favreau autorise n'importe quelle province à empêcher l'augmentation des pouvoirs d'une autre province. Il va sans dire que si cette interprétation devait prévaloir, l'évolution de notre régime constitutionnel dans le sens souhaité par le Québec risquerait d'être très difficile(9).

Le fait que le Québec ait pu faire échec à d'importantes tentatives en vue de modifier la Constitution (comme en 1965, lorsque Jean Lesage s'est opposé à la formule Fulton-Favreau, et en 1971, lorsque Robert Bourassa a rejeté la Charte de Victoria) a été interprété ultérieurement au Québec même comme la confirmation de l'existence d'un droit de veto en matière constitutionnelle pour la province.

Cependant, le référendum québécois de 1980 devait donner lieu à un brusque revirement de la situation. Quand le gouvernement fédéral a pris des mesures en vue de rapatrier unilatéralement la Constitution, le gouvernement du Parti Québécois, nouvellement réélu, a voulu s'interposer et a formé une alliance avec sept autres provinces. En joignant ce front commun de gouvernements provinciaux, le Québec a approuvé une formule de modification qui ne prévoyait plus l'unanimité mais comportait une disposition permettant aux provinces de se soustraire à une modification constitutionnelle et de toucher une compensation raisonnable. Quand Ottawa et les provinces dissidentes ont fait ensuite un compromis sur une formule de rapatriement qui permettait le retrait mais réduisait les dispositions en matière de compensation, le Québec a refusé d'être partie à l'entente.

La notion selon laquelle le Québec exerçait un droit de veto en matière constitutionnelle en raison de sa position particulière au sein de la Confédération venait d'être battue en brèche. La Constitution fut rapatriée selon une nouvelle formule malgré l'opposition du Québec, qui n'obtint pas non plus de droit de veto sur les futures modifications

(9) *Ibid.*, p. 14.



constitutionnelles. Ce n'est qu'après que ce présumé droit de veto ait été mis au rancart par la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont le document définitif ne fait aucunement état, que des voix ont commencé dans la province à revendiquer ce qu'on a qualifié de droit de veto historique du Québec.

Dans ses mémoires, René Lévesque explique pourquoi il a accepté le "droit de retrait avec compensation" au lieu du droit de veto traditionnel:

Mais le Québec serait privé du droit de veto*. Dirais-je que, à tort ou à raison, cette vieille obsession ne m'a jamais emballé? Le veto peut constituer une entrave au développement au moins avant qu'un instrument de défense. Si le Québec devait l'obtenir, l'Ontario et peut-être d'autres provinces l'exigeraient sûrement à leur tour. Comme à Victoria en 71, on peut ainsi bloquer le changement et se protéger en paralysant les autres; et tout le monde est bien avancé ...

Alors que le droit de retrait, dont on a appris à se servir pendant les années 60, - le plus bel exemple en étant la création de la Caisse de dépôt - voilà à mon sens une arme bien supérieure, à la fois plus flexible et plus dynamique: "Vous voulez, chers amis, prendre telle ou telle voie où nous ne saurions vous suivre? Fort bien, allez-y. Mais sans nous." D'étape en étape, je le répète, on pourrait ainsi se faire quelque chose comme un pays. ...

* Sujet sur lequel la Cour suprême, comme on sait, devait statuer en décembre 82: à son avis, le droit de veto n'existait pas, n'avait jamais été que fictif.... On aura beau essayer de le réanimer politiquement, je vous mal les provinces anglophones et encore moins le fédéral renoncer à ce jugement qui fait rudement leur affaire. De toute façon, ce n'est pas non plus la direction qui me semble la plus prometteuse pour notre avenir national(10).

La volonté initiale du Québec de renoncer à l'unanimité et d'accepter une formule de modification qui aurait permis aux provinces dissidentes de se soustraire à une mesure en touchant une compensation a suscité la contestation dans la province. Pendant la campagne électorale

(10) René Lévesque, *Attendez que je me rappelle ...*, Éditions Québec/Amérique, Montréal, 1985, p. 439-440.

de 1985, le Parti Libéral a accusé le Parti Québécois d'avoir abandonné la revendication traditionnelle du Québec d'un droit de veto en matière constitutionnelle. Selon Gil Rémillard, actuel ministre des Affaires intergouvernementales canadiennes, en acceptant la formule de modification que les sept autres provinces lui proposaient en 1981, le Québec a signé un document

[...] lourd de conséquences puisqu'il stipule que toutes les provinces sont égales. C'est donc dire que le Québec renonce au droit de veto qu'il a toujours réclamé jusqu'alors. De plus, la signature du Québec signifie que le gouvernement renonce au moins formellement à sa spécificité. [...](11)

Durant la campagne, le Parti Libéral s'est engagé à lutter pour rétablir le "droit de veto". L'accusation faite au PQ d'avoir largué ce droit constitue encore une arme favorite dans l'arsenal du Parti Libéral du Québec, et tant Gil Rémillard que le premier ministre Bourassa perdent rarement l'occasion de l'utiliser. Dans son programme politique de 1985 *Maîtriser l'avenir*, le parti affirmait que "le Québec avait exercé par le passé ce droit de veto" en matière constitutionnelle. Cela est rigoureusement vrai; toutefois, il ne l'a exercé que dans le contexte du besoin d'unanimité entre toutes les provinces. À peu près au même moment, Gil Rémillard écrivait que bien que ce droit de veto n'ait pas été reconnu dans la Constitution, il avait pris au Québec une dimension politique. "Le droit de veto du Québec n'a jamais existé constitutionnellement. Ce qui existait cependant avant le rapatriement, c'est une force politique qui obligeait Ottawa et les autres provinces à respecter l'opinion du Québec"(12).

Claude Morin, principal conseiller constitutionnel du premier ministre Lévesque à l'époque où a été prise la décision de former un front commun avec d'autres provinces, en avril 1981, affirme le contraire. Dans son argumentation qui souligne la différence entre le droit de "retrait" et le droit de veto absolu, il met en doute l'utilité du droit de veto en matière constitutionnelle que le Québec a toujours

(11) Gil Rémillard, *Le fédéralisme canadien*, Tome II: *Le rapatriement de la constitution?*, Montréal, 1985, p. 128.

(12) *Ibid.*, p. 431.

revendiqué. Il prétend que le droit de veto absolu, qui est négatif en ce sens qu'il permet à son utilisateur d'empêcher le changement constitutionnel, est davantage un symbole politique entouré de vérités indubitables qu'une garantie vraiment efficace des droits du Québec. Il affirme en outre que l'utilisation de ce droit de veto pourrait entraîner de lourdes sanctions. Ainsi, les autres provinces pourraient percevoir le Québec comme un obstacle aux changements constitutionnels souhaités et prendre à son égard des mesures de représailles. On ne tendrait donc à invoquer le droit de veto que dans le cas de modifications majeures. Or, il risquerait de se glisser de modifications de moindre importance mais aussi nuisibles pour les intérêts du Québec, parce qu'on pourrait croire que cela coûterait trop cher de s'y opposer. C'est dans cette optique que Morin se fait le défenseur de l'approche plus positive du droit de retrait qui permettrait à une province comme le Québec de se soustraire à certains changements constitutionnels et d'obtenir une compensation, tandis que les autres provinces y procéderaient.

Le gouvernement actuel de M. Bourassa, avant l'échec de l'Accord du lac Meech, avait à propos du droit de veto du Québec joué sur les deux tableaux. Il revendiquait pour le Québec aussi bien le droit constitutionnel de s'opposer à la modification des institutions fédérales et à la création de nouvelles provinces, que le droit de retrait avec compensation financière. Le gouvernement Bourassa pourrait sans doute se satisfaire du simple droit de retrait assorti d'une compensation, mais la revendication d'un droit de veto universel est probablement trop attrayante du point de vue politique pour qu'il y renonce. Ainsi que son parti le faisait valoir dans son programme de 1985, *Maîtriser l'avenir*, "pour le Québec, un droit de veto universel sur toutes les questions de natures constitutionnelle [...] offre le plus d'avantages. Il reflète beaucoup mieux l'histoire du Québec et correspond beaucoup plus étroitement à notre perception du fédéralisme"(13).

En somme, il est permis de conclure qu'en dépit des divergences politiques concernant la forme que devrait prendre un droit de veto en matière constitutionnelle pour le Québec, il existe dans la

(13) Parti Libéral du Québec, *Maîtriser l'avenir*, Montréal, 1985, p. 55.

province un fort consensus selon lequel: 1) le Québec doit jouir d'un droit de veto en matière constitutionnelle, 2) le Québec n'a jamais cessé à travers l'histoire de revendiquer ce droit de veto et 3) le droit du Québec en la matière est fondé sur son rôle particulier au sein de la Confédération, en tant que représentant de l'un des deux peuples fondateurs.

